RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 247.000 van 6 februari 2020
in de zaak A. 230.028/XII-8861

In zake: de NV E-BO ENTERPRISES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert Daem
kantoor houdend te 1750 Lennik
Karel Keymolenstraat 22
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jürgen Vanpraet en Bram Van den Berghe
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de minister van Justitie van 7/01/2020, om de overheidsopdracht 'levering van televisies aan de penitentiaire inrichtingen voor rekening van de FOD Justitie, directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen', (bestek nr. EPI/TV 2019-2022) niet te gunnen aan [de nv E-BO Enterprises] maar wel aan Avistel".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 februari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Daem, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bram Van den Berghe, die *loco* advocaat Jürgen Vanpraet verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Federale Overheidsdienst Justitie schrijft een overheids-opdracht uit voor de levering van televisies en bijhorende accessoires evenals de ophaling (meenemen) van de oude apparaten aan de penitentiaire inrichtingen.

Het bijzonder bestek nr. EPI/TV 2019-2022 is op de opdracht van toepassing.

De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure. De opdracht omvat twee posten:
- Post 1: TV en aanvullende afstandsbediening;
- Post 2: Beugels.

Het betreft een opdracht tegen prijslijst.

3.2. In het bestek worden onder punt 13.3 vijf gunningscriteria bepaald met elk een weging. Vervolgens wordt in het bestek bepaald op welke wijze de evaluatie van elk van deze gunningscriteria zal gebeuren.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 april 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 9 april 2019.

3.4. Er worden zeven offertes ingediend waaronder een offerte door de verzoekende partij en een offerte door de gekozen inschrijver.

3.5. In de gemotiveerde gunningsbeslissing van 7 januari 2020 worden de ingediende offertes onderzocht. Drie offertes worden regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria. De offerte van Avistel wordt als eerste gerangschikt met een totaal van 84,75 punten, de offerte van de verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt met een totaal van 82,55 punten. De verwerende partij beslist hierop de opdracht te gunnen aan Avistel, de eerst gerangschikte inschrijver.

3.6. De bestreden beslissing wordt met een brief van 7 januari 2020 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡

ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, evenals “van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel”.

De verzoekende partij zet uiteen dat het gunningscriterium onder punt “12.2.3 (Interventie, herstelling en/of vervanging van apparaten na de garantietermijn of buiten de garantievoorwaarden)” van het bestek, waarin wordt bepaald dat de leverancier over een aantal repair- of afhaalcenters dient te beschikken, eventueel via onderaanneming, als een minimumvereiste moet worden beschouwd om deel te nemen aan de gunning. Aangezien de inschrijvers Avistel en VDMC niet beschikken over meer dan één repair- of afhaalcenter, dienden zij volgens de verzoekende partij te worden uitgesloten van de gunning.

Voorts hekelt de verzoekende partij het gegeven dat in het bestek onder punt 13.3 met betrekking tot de gunningscriteria is bepaald dat het voorzien in de mogelijkheid van 2 HDMI-ingangen op de TV categorie 1 een meerwaarde oplevert van 5 punten. Zij is van mening dat de bestreden beslissing een schending vormt van artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, aangezien een optionele HDMI-ingang volgens haar overdreven gewaardeerd wordt door de verwerende partij hetgeen doorslaggevend zou zijn gebleken bij de gunning. De manier waarop het (sub)gunningscriterium "de mogelijkheid van 2 HDMI-ingangen op de TV categorie 1 (22" of 24") aan dezelfde voorwaarden (prijs) [5 %]" binnen het vierde gunningscriterium wordt toegepast en gewaardeerd door de verwerende partij, roept volgens de verzoekende partij tevens een vermoeden op van beïnvloeding en een onterechte bevoordeling van de eerst gerangschikte inschrijver, nu blijkt dat deze als enige regelmatige inschrijver deze optie had opgenomen in haar offerte.

Beoordeling

6. Artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, bepaalt:

> "De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.
> Voor zover de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van 15 april 1994 en de andere internationale overeenkomsten waardoor de Europese Unie gebonden is van toepassing zijn, geven aanbesteders aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de ondertekenende partijen van deze overeenkomsten geen minder gunstige behandeling dan die welke zij aan werken, leveringen, diensten en ondernemers van de Europese Unie geven."

Artikel 81, §§ 1 en 2 van dezelfde wet, bepaalt:

> "§ 1. De aanbestedende overheid baseert de gunning van overheids-opdrachten op de economisch meest voordelige offerte.
> § 2. De economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid wordt, naar keuze, vastgesteld :
> 1° op basis van de prijs;

2° op basis van de kosten, rekening houdend met de kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 82;

3° rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Het kan onder meer gaan om de volgende criteria :

a) kwaliteit, waaronder technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;

b) de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;

c) klantenservice en technische bijstand, alsook leveringsvoorwaarden zoals de leveringsdatum, de leveringswijze en de leverings- of uitvoeringstermijn.

Het kostenelement kan ook de vorm aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan de ondernemers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen."

7. Overeenkomstig de geschonden geachte artikelen 4 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de daarin vervatte beginselen van gelijkheid en transparantie, steunt de aanbestedende overheid de gunning van de opdracht op de economisch meest voordelige offerte aan de hand van de gunningscriteria die in de opdrachtdocumenten worden bepaald.

Overeenkomstig artikel 66, § 1, van de voormelde wet worden de opdrachten gegund op grond van één of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig artikel 81, mits de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

1° de offerte voldoet aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van een opdracht en de opdrachtdocumenten, met inachtneming, indien van toepassing, van de varianten of opties;

2° de offerte is afkomstig van een inschrijver waaraan de toegang tot de opdracht niet is ontzegd op grond van de artikelen 67 tot 70 en die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende regels en criteria bedoeld in artikel 79, § 2, eerste lid.

8. Uit de bestreden gunningsbeslissing blijkt dat de gekozen inschrijver en de verzoekende partij worden geselecteerd en dat hun offertes regelmatig worden bevonden. In de bestreden gunningsbeslissing wordt het vijfde gunningscriterium als volgt beoordeeld:

Firma	Criterium 5
Avistel	- Aantal repaircenters (6%): 1 center: 0,33 punten - Interventietijd: (max.1 week) 7 dagen: 0 punten - Extra service (2%): 1 punt a) Ja en b) Neen Totaal 1,33/10 punten
e-BO Enterprises	- Aantal repaircenters (6%): 34 centers: 6 punten - Interventietijd: (max.1 week) 2 dagen: 2 punten - Extra service (2%): 2 punten a) Ja en b) Ja Totaal 10/10 punten
VDMC SARL	- Aantal repaircenters (6%): 1 center: 0,33 punten - Interventietijd: (max.1 week) 5 dagen: 0,8 punten - Extra service (2%): 2 punten a) Ja en b) Ja Totaal 3,13/10 punten

9. Met de verwerende partij moet op het eerste gezicht worden vastgesteld dat het aantal repaircenters waarover een inschrijver beschikt zich te dezen op grond van de aankondiging van de opdracht en het bestek niet voordoet als een selectievereiste of een minimumvereiste inzake de regelmatigheid van de offerte, maar wel als een gunningscriterium op grond waarvan de offertes ten aanzien van elkaar worden vergeleken, waarbij de verschillen op dit vlak tussen de offertes zich vertalen in een verschillend puntenaantal voor het betreffende gunningscriterium. In het bestek wordt het aantal repaircenters waarover de inschrijver beschikt bij de uitvoering van de voorliggende opdracht immers tot tweemaal toe uitdrukkelijk als een gunningscriterium met een eigen weging aangeduid.

Artikel 13.3 van het bestek bepaalt onder meer:

> "13.3. Gunningscriteria
> […]

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡

De gunningscriteria zijn de volgende:
1. Prijs voor de beide posten samen (70%);
2. De eventuele verlenging van de garantietermijn voor post 1: (8%);
3. De eventuele verlenging van de garantietermijn voor post 2: (2%);
4. De kwalitatieve meerwaarde ten opzichte van de technische voorschriften vermeld in het lastenboek in bijlage 1 (10%);
Het 4de gunningscriteria wordt onderverdeeld in de volgende subgunningscriteria:
- De mogelijkheid van 2 HDMI-ingangen op de TV categorie 1 (22" of 24") aan dezelfde voorwaarden (prijs) (5%);
- De mogelijkheid tot leveren van TV's (doorzichtige toestellen) voor categorieën 1 en 2 aan dezelfde voorwaarden (prijs en technische eisen) (5%) – zie punt 2.2 van bijlage 1

5. Dienst na verkoop enkel voor post 1: (10%).
Het 5de gunningscriteria wordt onderverdeeld in de volgende subgunningscriteria:
- het aantal repaircenters en/of afhaalcenters (6%)
- de interventietijd (2%)
- de extra service (2%) zonder bijkomende kosten – (mogelijkheid om beroep te doen op afhaling door de leverancier en de mogelijkheid van een reparatie uit te voeren door de leverancier ter plaatse)."

Met betrekking tot de beoordelingsmethode wordt in het bestek aangekondigd:

"gunningscriterium 5 zal worden geëvalueerd op basis van de dienst na verkoop vermeld door de inschrijver in zijn offerte, waarbij de scores als volgt worden berekend:
- het aantal repaircenters (herstelpunten) en/of afhaalcenters (6%) zal worden geëvalueerd op basis van het groter aantal herstelpunten of afhaalcenters vermeld door de inschrijver in zijn offerte waarbij de offerte met het grootste aantal de hoogste score ontvangt. Per plaats (de postcode geldt als referentie) kan er maar één herstelpunt of afhaalcentrum in aanmerking worden genomen.
- de interventietijd (2%) zal worden geëvalueerd op basis van de eventuele vermindering van de interventietijd voor post 1, vermeld door de inschrijver in zijn offerte, waarbij de offerte met de grootste vermindering van de interventietijd de hoogste score ontvangt.
- de extra service (2%) zonder bijkomende kosten – de offerte van de inschrijver zal extra kunnen score indien deze mogelijkheid biedt aan de aanbestedende overheid om beroep te doen op afhaling door de leverancier (1%) en/of de mogelijkheid aanbiedt om een reparatie door hem uit te voeren ter plaatse in de inrichting waar het probleem zich voordoet (1%)."

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡

Artikel 12.2 van het bestek bepaalt onder meer:

> "12.2. Dienst na verkoop:
> Opgelet, dit betreft een gunningscriterium: Zie punt 13.3 gunningscriteria.
> […]
> 12.2.3. Interventie, herstelling en/of vervanging van de apparaten na de garantietermijn of buiten de garantievoorwaarden:
> De leverancier dient over aantal repair- of afhaalcenters te beschikken, dit mag via onderaanneming."

10. De stelling van de verzoekende partij, dat de inschrijvers, op straffe van niet-selectie dan wel onregelmatigheid van hun offerte, in meer dan één repaircenter dienden te voorzien in hun offerte vindt op het eerste gezicht geen steun in de opdrachtdocumenten. Noch onder de bepalingen inzake de selectievereisten (artikel 13.1 van het bestek) noch onder de bepalingen inzake de technische vereisten van de offerte (bijlage 1 bij het bestek, blz. 12, titel 7 "Waarborg en dienst na verkoop") wordt als vereiste opgelegd dat de inschrijver over meer dan één repair- of afhaalcenter dient te beschikken. Integendeel wordt het aantal repaircenters uitdrukkelijk opgenomen als een gunningscriterium, waarbij de offerte met het grootste aantal repaircenters de hoogste score ontvangt. Zo werden aan de verzoekende partij, die met 34 repaircenters het hoogste aantal voorzag, 6 punten toegekend, zijnde de maximumscore voor dit subgunningscriterium. De gekozen inschrijver die slechts over één repaircenter beschikt, kreeg slechts een score van 0,33 punten.

11. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de gekozen inschrijver geen aanvaardbare dienst na verkoop kan aanbieden met slechts één repaircenter op honderden kilometers afstand, moet worden opgemerkt dat het aan de aanbestedende overheid toekomt haar behoeften te bepalen en de minimumvereisten waaraan de inschrijvers en de offertes dienen te voldoen. Daarbij heeft de verwerende partij het niet noodzakelijk geacht in de opdrachtdocumenten een maximale afstand te vereisen wat het repaircenter betreft. Daarentegen wordt in het bestek wel uitdrukkelijk bepaald dat de interventietijd maximaal één week mag bedragen. Het komt daarbij aan de aanbestedende overheid toe te bepalen wat zij als een aanvaardbare interventietijd beschouwt. De gekozen inschrijver voorziet in een interventietijd van 7 dagen, en voldoet aldus aan de minimale vereiste met betrekking tot de maximale interventietijd. Daarnaast

werd de interventietijd in het bestek ook als een gunningscriterium voorgeschreven, zodat de gekozen inschrijver, door slechts te voldoen aan de maximaal toegelaten interventietijd van 7 dagen, voor dit criterium werd afgestraft met 0 punten, terwijl de verzoekende partij voor dit criterium 2 punten kreeg, berekend volgens de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethode.

12. Voorts bepaalt het bestek bij het vierde gunningscriterium uitdrukkelijk dat het voorzien in een bijkomende HDMI-ingang aanleiding geeft tot een meerwaarde bij de vergelijking van de offertes.

In het bestek werd ook aangekondigd op welke wijze deze meerwaarde zou worden beoordeeld, namelijk al naargelang men al dan niet in de mogelijkheid van 2 HDMi-ingangen voorzag, zouden 5 punten worden toegekend (zie bestek blz. 18 onderaan en 19 bovenaan). In overeenstemming met het bestek werden aan de verzoekende partij 0 punten gegeven aangezien de verzoekende partij in geen tweede HDMI-ingang voorzag, wat zij niet betwist. Aan de gekozen inschrijver, die wel in een tweede HDMI-ingang voorzag, werd het maximum van de punten gegeven voor dit subcriterium, namelijk 5 punten. Zoals de verzoekende partij ook zelf uiteenzet in haar verzoekschrift, is de aanbestedende overheid ertoe gehouden om de regels die zij in haar eigen bestek heeft opgelegd, te eerbiedigen. Er weze herhaald dat het voorts aan de aanbestedende overheid toekomt haar behoeften te bepalen. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat er ook kosteloze alternatieven bestaan zoals het toeleveren van een connector op de oude video- en audioingang moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij hiervan nooit melding blijkt te hebben gemaakt aan de aanbestedende overheid voorafgaand aan het indienen van de offertes. Bovendien toont de verzoekende partij op het eerste gezicht geenszins de onredelijkheid van dit gunningscriterium aan, noch toont zij aan dat dit criterium geen verband houdt met de kwaliteit, waaronder technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken van de opdracht.

De opwerping dat deze besteksbepaling willekeur en favoritisme in de hand zou werken, en een vermoeden van beïnvloeding en bevoordeling van de gekozen inschrijver zou aantonen, betreft een loutere bewering van de verzoekende partij die op geen enkele wijze wordt ondersteund noch door

elementen uit het administratief dossier, noch door elementen aangereikt door de verzoekende partij. Dat zij geen gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid om haar score met 5 % of 5 punten te verhogen, kan aan de verwerende partij niet worden verweten. Er valt overigens op het eerste gezicht niet in te zien hoe een subcriterium waaraan een weging van slechts 5 % op het totaal van de te waarderen elementen wordt toegekend, als een doorslaggevend criterium kan worden beschouwd, zoals de verzoekende partij voorhoudt.

13. De verzoekende partij toont aldus op het eerste gezicht niet aan dat de door haar aangevoerde bepalingen en beginselen zouden zijn geschonden.

14. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

15. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Johan Bovin**

‡AGCUPCDBC-BEAHFCV‡